



**VIOLACIONES AL DEBIDO PROCESO EN CAUSAS PENALES  
SEGUIDAS A CONGRESISTAS COLOMBIANOS EN LA CONSTITUCIÓN  
VIGENTE**

**JOSÉ SAÚL ROA GUACANEME**

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE ESPECIALISTA EN  
DERECHO PROCESAL PENAL CONSTITUCIONAL Y JUSTICIA MILITAR**

**Director: CARLOS ANDRÉS BERNAL CASTRO**  
**Coordinador Especialización en Derecho Procesal Penal Constitucional y**  
**Justicia Militar**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**DIRECCIÓN DE POSGRADOS**  
**BOGOTÁ, D.C., 2014**

**VIOLACIONES AL DEBIDO PROCESO EN CAUSAS PENALES  
SEGUIDAS A CONGRESISTAS COLOMBIANOS EN LA CONSTITUCIÓN  
VIGENTE**

**José Saúl Roa Guacaneme\*\***

---

\*\*Abogado Universidad Católica de Colombia, especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, secretario del Juzgado Cincuenta y Dos (52) Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, D.C.

## **Resumen**

Este estudio analiza las violaciones a algunas de las garantías del Debido Proceso que han surgido con ocasión de las decisiones que en los últimos años ha tomado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en los procesos de única instancia seguidos contra los congresistas Colombianos. Para dicho estudio, se realizó un análisis de la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema de Justicia como de la Constitucional, la doctrina nacional e internacional y los instrumentos internacionales aplicables al caso. La principal conclusión a la cual se arriba es la necesidad de una reforma constitucional que soluciones dicho problema.

## **Palabras clave**

Debido Proceso, Separación de Funciones, Fuero Constitucional, Doble Instancia, Congresista Colombiano.

## **VIOLATIONS DUE PROCESS FOLLOWED IN CRIMINAL CAUSES A COLOMBIAN CONGRESS IN THE CURRENT CONSTITUTION**

## **Abstract**

This study examines the violations of some of the guarantees of due process that have emerged during decisions in recent years has taken the Criminal Chamber of the Supreme Court in proceedings brought against single instance Colombian Congressman. For this study, a analysis of national jurisprudence of the Supreme Court and the Constitution, national and international literature and international instruments applicable to the case was conducted. The main conclusion which is above is the need for a constitutional reform that problem solutions.

**Key words**

Due Process, Separation of functions, Constitutional Charter, Double Instance, Colombian Congressman.

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo aborda el estudio de algunas garantías del Debido Proceso en tratándose del proceso de única instancia que se sigue en la actualidad contra los Congresistas Colombianos, causas penales que por mandato Constitucional corresponde a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y las críticas que han venido surgiendo con ocasión de dicho trámite por la violación de algunas garantías.

En el ámbito judicial nacional se ha venido ventilando con insistencia que dicho proceso da al traste con garantías como lo son el derecho de defensa, la doble instancia y la separación de funciones concretamente en lo que concierne a la investigación y juzgamiento, atribuciones concentradas en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, situación que no ha sido ajena a los pronunciamientos de nuestras altas Cortes quienes al unísono coinciden en señalar que el trámite señalado por el legislador es Constitucional y acorde a los instrumentos internacionales.

Pese a lo anterior, la discusión no ha sido pacífica pues a nivel académico continúa el análisis de la situación para concluir que actualmente existen dos vertientes bien marcadas al respecto, una que se afilia al concepto manifestado por la judicatura y otra con la cual nos identificamos que cree que actualmente nuestra legislación procesal penal en punto específico del procedimiento seguido a los Congresistas; es manifiestamente violatorio de las garantías a la defensa, doble instancia y separación de funciones; todas ellas parte integral del Debido Proceso.

Ahora bien, en nuestro criterio es claro que la problemática no se limita al texto legal ordinario (ley procesal penal, ley 600 de 2000) sino que va más allá, pues luego del respectivo análisis y enfrentamiento respectivo tanto de los principios

que deben reinar en todo proceso penal, como de la Carta Política Nacional y la ley ordinaria se arriba a la conclusión que en éste punto las violaciones que se han mencionado surgen de la misma Constitución y no de la ley ordinaria razón que en nuestro entender ha motivado a las altas Cortes Nacionales a afirmar que el proceso penal contra los Congresistas no es violatorio de la Constitución, y en éste entendido se hace un análisis mas exhaustivo para llegar a las conclusiones que se presentaran en el presente trabajo.

## **PROBLEMA JURÍDICO.**

¿El ordenamiento constitucional y jurídico penal actual de Colombia es violatorio del Debido Proceso Penal en las causas seguidas contra sus congresistas?

## **METODOLOGÍA.**

La metodología que se usará en el presente trabajo será cualitativa, partiendo del análisis de la teoría mayoritaria aplicada por las altas cortes nacionales en sus jurisprudencias; la cual inicia con el estudio formal de la Carta Política concluyendo que el proceso penal de única instancia que se sigue contra los Congresistas Colombianos se encuentra ajustado a los postulados propios del Debido Proceso.

La anterior teoría se encuentra en contraposición con la doctrina nacional e internacional, que en punto de las garantías propias del Debido Proceso no hace distinción alguna sobre si las mismas pueden ser objeto de un trato diferencial con ocasión de la calidad (*fuero*) que tenga el individuo sujeto a la investigación.

Por último; se arribará a la conclusión que en Colombia, si se están violando algunas de las garantías propias del Debido Proceso en las investigaciones y juzgamiento de los parlamentarios nacionales, situación que se origina desde la misma Carta Política, razón por la cual sería indispensable una reforma Constitucional que de origen a un proceso penal para Aforados Constitucionales (*congresistas*) que se encuentre acorde a la normatividad internacional sobre respeto a las garantías propias del Debido Proceso contenidas en los diferentes instrumentos internacionales que ha suscrito el Estado Colombiano.

## TABLA DE CONTENIDO

1. DEBIDO PROCESO PENAL
  - 1.1. Concepto General
  - 1.2. Garantías del Debido Proceso Penal
  
2. SEPARACIÓN DE FUNCIONES E IMPARCIALIDAD DEL FUNCIONARIO  
*(Investigación y Juzgamiento)*
  - 2.1. Concepto según la doctrina
  - 2.2. Punto de vista de la jurisprudencia nacional con relación a los procesos contra congresistas
  
3. DOBLE INSTANCIA
  - 3.1. Concepto según la doctrina
  - 3.2. Punto de vista de la jurisprudencia nacional con relación a los procesos contra congresistas
  
4. CRITICAS AL SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO NACIONAL VIGENTE PARA AFORADOS CONSTITUCIONALES
  
5. CONCLUSIONES Y PLANTEAMIENTO DE SOLUCIONES



## **1. DEBIDO PROCESO PENAL**

### **1.1. CONCEPTO GENERAL**

Para abordar el tema del debido proceso penal, debemos remitirnos en forma inicial al concepto general de debido proceso; entendiendo por tal, aquel conjunto de garantías que protegen diferentes derechos del individuo que se ve sometido a un proceso judicial sin importar la calidad de éste; recordemos que el debido proceso no es solo predicable de las causas penales, también lo es de las civiles, laborales e incluso administrativas, y ello es natural pues estamos en presencia de un derecho fundamental contenido en el artículo 29 de nuestra Carta Política.

Al respecto, los tratadistas especialistas en derecho constitucional han coincidido en señalar que nuestra constitución es rica en ejemplos de derechos fundamentales y es el resultado de una positivización caracterizada por cuanto dichas garantías además de tener la peculiaridad de ser catalogadas como fundamentales gozan de lo que se denomina garantía reforzada; al respecto Chinchilla (citado por Quinche, 2012) “(...) derechos fundamentales, como derechos humanos constitucionalizados y con garantía reforzada” (p, 92). En otras palabras la “positivización ha acontecido en un doble plano, en el interno y el externo. En el plano interno, fueron fijados entre los artículos 11 a 40 de la Constitución y en otras normas dispuestas a lo largo del texto” (...) (Quinche, 2012, p. 93).

Precisamente dentro de esa catalogación de derechos que cita el autor encontramos el Debido Proceso en el artículo 29; ahora, aterrizando en nuestra materia debemos afirmar que el debido proceso penal es la respuesta surgida para limitar el infinito poder del Estado en el ejercicio de poder punitivo; al respecto recordemos como la doctrina enseña que los primeros vestigios de debido proceso se vieron en la Carta Magna (1215) siendo usado como medio para limitar al rey

Ingles en su autoritarismo, y en la actualidad la garantía inglesa del “*due process of law*”, que traduce al castellano “debido proceso legal”, ha trascendido las fronteras, materializándose entre otras en la Revolución Francesa (1789), en incluyéndose en la quinta enmienda de la Constitución Norteamericana (1791), en ése punto específico.

“la enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América, de 1787, que hace parte de la **Bill of Rights** o Declaración de Derechos de 1791, es el primer texto constitucional que incorpora la garantías inglesa del **due process of law** o debido proceso legal, merced a la reforma que JAMES MADISON propuso en 1789” (Camargo, 2010, p. 30)

A nivel nacional, respecto del concepto de debido proceso la doctrina ha coincidido en advertir que el mismo es una garantía de contenido sustancial pese a encontrarse habitualmente en la normatividad adjetiva, lo cual encuentra sentido si lo vemos desde el punto de vista de respeto a los derechos del ser humano que se encuentra sometido a cualquier tipo de actuación adelantada por parte del Estado resaltando que la misma puede ser tanto en contra como a favor, pues la garantía del debido proceso no es solo predicable de aquellos trámites donde se afecta un derecho, sino también de aquellos que buscan la protección como lo puede ser el trámite de una acción de Habeas Corpus o tutela.

Al respecto Camargo (2010) afirma:

“El debido proceso como garantía judicial es, por consiguiente, un derecho fundamental, esto es, un derecho civil, que es parte esencial de los derechos humanos. Ha sido elevado al rango de norma constitucional en muchas cartas políticas en países con Estado de derecho, con el fin de preservar su integridad” (p. 27)

Ahora bien, el debido proceso no debe ser visto en forma genérica, pues el mismo abarca varias garantías las cuales al estudiarse en conjunto forman un todo; es decir, solo la suma y materialización de dichas garantías forman el debido

proceso pese a que las mismas pueden explicarse y materializarse aisladamente; en otras palabras, el debido proceso no tiene vida propia sin la existencia de dichas garantías; pero a su vez, éstas garantías si tienen vida propia en forma aislada; por ello debemos mencionarlas para lograr comprender la complejidad de la anterior afirmación, aunque en el presente trabajo solo se analizaran algunas, las cuales a nuestro juicio son aquellas que se ven menoscabadas por nuestro ordenamiento a propósito de los juicios de única instancia contra congresistas.

## **1.2. GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO PENAL**

Lo que en el presente estudio denominaremos las garantías del debido proceso; han sido bautizadas por los tratadistas como derechos fundamentales y, aunque tiene sentido tal clasificación; preferimos hablar de garantías atendiendo el concepto expresado anteriormente en el sentido de afirmar que un verdadero debido proceso solo es materializable en tanto se concreten dichas garantías; a pesar de reconocer que las mismas tienen vida jurídica propia y que aisladamente es posible su obtención estamos en desacuerdo con la clasificación otorgada de derechos fundamentales como parte integrante del debido proceso como lo afirman entre otros (Suarez, 1998), pues consideramos que al hablar de derechos fundamentales no es viable hacer distinciones odiosas entre los mismos, y menos afirmar que algunos hacen parte de otro derecho fundamental otorgándole a éste una mejor categoría y relegando a los demás a un segundo plano.

Reiteramos que preferimos hablar de garantías que conforman un todo, pero que sin embargo vistas individualmente protegen y garantizan derechos que pueden ser objeto de concreción; ahora bien, dentro de esa lista de garantías tenemos entre otras la de juez natural, contradicción probatoria, defensa, publicidad, celeridad, doble instancia, Non bis in ídem, reformatio in pejus, favorabilidad, presunción de inocencia.

Como podemos ver; es más acertado afirmar que en materia de debido proceso como derecho fundamental de carácter genérico, las anteriores garantías lo concretan por ser cada una parte del mismo y no indicar que son derechos fundamentales que alimentan al debido proceso como lo enseña (Suarez, 1998), pues reiteramos se estaría haciendo distinciones entre los mismos y creando categorizaciones que ni el constituyente de 1991 ni el legislador han creado a pesar que doctrinariamente en un afán por obtener una mejor comprensión se les haya clasificado de tal forma.

Como quiera que el presente trabajo no pretende hacer un análisis minucioso ni exhaustivo de las garantías del debido proceso por su complejidad, que como es bien sabido ha sido objeto de numerosas obras como la de los maestros Alberto Suarez Sánchez y la de Pedro Pablo Camargo, solo se abordaran las dos garantías específicas que en nuestro sentir son las que han venido siendo vulneradas en forma reiterada en los juicios que se han seguido en los últimos años contra los congresistas nacionales.

Por ello a partir del siguiente capítulo abordaremos los temas de la separación de funciones e imparcialidad del funcionario (investigación y juzgamiento), el derecho a la doble instancia y se hará un breve análisis del derecho a la defensa el cual se encuentra íntimamente ligado a las dos garantías antes citadas.

## **2. SEPARACIÓN DE FUNCIONES E IMPARCIALIDAD DEL FUNCIONARIO** ***(investigación y juzgamiento)***

Por regla general es bien sabido que en todo ordenamiento jurídico-penal el proceso penal responde a la necesidad del Estado de enjuiciar a aquellos individuos que han violado la ley criminal rodeándolos de todas las garantías que permitan evitar que en el evento de una sentencia sin importar su contenido ni resultado, ésta sea objeto de reproche por fundarse en un trámite violatorio de

derechos y garantías, nótese como en los eventos de una sentencia condenatoria el reproche surge como resultado a la infracción de la ley y mal podría un Estado en especial uno que se precie de ser Social, Democrático de Derecho sancionar a los infractoras de su ley penal mediante procedimientos abiertamente arbitrarios, o piénsese en los eventos de una sentencia absolutoria obtenida con un procedimiento sin garantías el asomo de duda que podría general en la sociedad dicha determinación.

Por ello surge la necesidad que el proceso penal tenga unas etapas bien diferenciadas, es decir, que el trámite se encuentre enmarcado por una fase de investigación y acusación, y otra de juicio como ocurre en la mayoría de los ordenamientos modernos, incluso en el nuestro con la Ley 906 de 2004, sin embargo; la exigencia no se detiene en la simple diferenciación teórica de las etapas procesales sino que debe ir más allá, la diferencia debe trascender a la practica, ello es; que tanto los actos procesales como los funcionarios que los adelantan o ante los cuales se realizan tales actos sean diferentes, no solo en la persona como sujeto individual sino en el rol que cumple dentro del proceso general, es decir, se predica que los funcionarios que investigan y acusan sean completamente ajenos a aquellos que tienen la tarea de juzgar, ajenedad que se reitera no solo es predicable de la función dentro del interior del proceso sino también del órgano al cual pertenece, valga de decir, en la mayoría de los ordenamientos existe un órgano que se denomina Fiscalía como el caso nuestro o el norteamericano, en otras latitudes se le conoce como Ministerio Público como es el Mexicano y en frente de éstos se encuentran los Jueces siendo así clara la distinción entre el rol de uno y otro.

## **2.1. CONCEPTO SEGÚN LA DOCTRINA**

Conforme a los anteriores planteamientos, es claro que el moderno derecho procesal penal se encuentra definido por una separación de poderes entre los

funcionarios que participan en la actuación, dicha separación busca que las funciones sean lo suficientemente claras para evitar intromisiones en la labor de los operadores judiciales y de paso garantizar que las decisiones tomadas son plenamente imparciales, alejadas de todo sesgo de animadversión contra alguna de las partes.

En este punto específico; debemos recordar que con el pasar de los años se ha ido avanzando en el trato al investigado, basta recordar y para no ir tan lejos como era el proceso penal medieval el cual se encontraba destinado principalmente a satisfacer las exigencias de quien detentaba el poder político y religioso, razón por la cual se encontraban figuras tan odiosas como la de los inquisidores entre otras, la tortura como mecanismo idóneo para obtener la confesión, al respecto de lo que acontecía en aquel momento en su obra Fonseca (2012) indica que:

“Dado el comprobado poder y la expedita eficacia del derecho penal en el reprochable propósito de mantener los privilegios medievales, las acusaciones secretas, los juicios sumarios y, en general, la ritualidad procesal penal medieval garantizaban la obtención pronta de resultados políticamente manipulables libres de frenos o límites teóricos, ideológicos o religiosos” (p. 43)

Todo ello llevo a que se iniciara con la ilustración un movimiento que buscaba ante todo erradicar las arbitrariedades que se venían presentando con la utilización errónea del proceso criminal, abogando por la humanización del mismo generando los cambios que hoy en día se tienen, como lo es la separación de funciones, característica propia de los sistemas procesales modernos los cuales en su mayoría han abandonado el conocido sistema inquisitivo precisamente por tener como peculiaridad la posibilidad de desborde de poder por cuanto el juez deja de ser ese individuo neutral y asume funciones propias de investigación lo cual genera en forma inmediata la afectación de su imparcialidad, sin mencionar la facultad oficiosa en materia probatoria que posee.

Con el sistema acusatorio se introdujeron dos variantes como lo señala Suarez (1998). “La primera consistió en la separación de las funciones de acusar y juzgar. La segunda, en la separación del órgano encargado de la persecución del delito que a de decidir sobre él” (p. 189).

Como bien lo señaló el autor en su obra, en un sistema acusatorio una de sus características es la separación de funciones y, a pesar que señala que son dos las variantes o innovaciones introducidas la verdad es que en nuestro criterio corresponde solo a una, pues la que el mismo indica como separación del órgano encargado de la persecución de delito, del que va a tomar la decisión de fondo, en la practica no es otra distinta al que surge de la primera, es decir, si la función de acusar y juzgar se encuentran en zonas diferentes naturalmente los órganos que dirigen las mismas deben ser disímiles pues no tendría un fundamento lógico y coherente que un órgano adelante las dos etapas o fases del proceso e igualmente predique la separación de funciones y la imparcialidad tanto de los funcionarios como de las decisiones, pese a lo anterior, es bien conocido que por mandado superior dicha situación se presenta en materia de investigación y juicio de congresistas en nuestro ordenamiento como lo señala el artículo 235-3.

Ahora bien, algo que parece tan básico como lo es la separación de la función de investigar-acusar frente a la de juzgar, termina por comprometer la imparcialidad del funcionario encargado de ésta última, y la razón es simple, en aplicación de la lógica común, es natural que la sociedad se sienta inquieta cuando el funcionario judicial que ha adelantado la etapa de investigación y ha acusado sea quien tiene sobre sus hombros la responsabilidad de determinar sobre la culpabilidad del individuo sometido al proceso penal, recordemos que por regla general todo aquel sometido a un proceso penal se presume inocente hasta tanto sea vencido en juicio con el lleno de todos los requisitos y garantías judiciales.

Por ello, algunos predicamos que el proceso señalado por nuestra legislación penal en relación con los congresistas adolece de esa garantía fundamental de la separación de funciones que conlleva a la imparcialidad del funcionario.

Nótese como el artículo superior 235-3 señala claramente que la Corte Suprema de Justicia tiene como una de sus atribuciones investigar y juzgar a los miembros del Congreso, concentrando un enorme poder en el máximo órgano de la justicia ordinaria nacional lo cual conlleva graves inconvenientes como se analizará más adelante, pues en un acto de desconocimiento tanto el Constituyente de 1991 como el legislador ordinario han desconocido abiertamente el contenido entre otros del artículo 8 y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que garantizan en forma general que el juez o tribunal que tenga la competencia de juzgar debe ser independiente e imparcial, al confeccionar un proceso penal de tipo netamente inquisitivo.

Sobre el tema de la imparcialidad mucho se ha dicho, y el anterior concepto no implica una acusación contra los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, sino simplemente una posición que encuentra sustento tanto en la doctrina como en la práctica judicial, en punto de la imparcialidad que debe tener el juez, al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (citado por el Tribunal Constitucional Español a su vez citado por Picó i Junoy, 1997) enseña:

“distingue dos modos de apreciar la imparcialidad judicial, o dos vertientes de la misma: una subjetiva, que se refiere a la convicción personal de un juez determinado respecto al caso concreto y las partes; y otra objetiva, que incide sobre las garantías suficientes que debe reunir el juzgador en su actuación respecto al objeto del mismo proceso” (p. 134)

Es precisamente esa vertiente subjetiva la que puede llegar a verse seriamente afectada en aquellos eventos en los cuales la función judicial de investigar–acusar se encuentra en cabeza del mismo funcionario u órgano encargado del



juzgamiento, pues la eventual ausencia de imparcialidad no solo es predicable de ser como individuo o juez unipersonal, sino también del ser que pertenece a un órgano específico como ocurre en el caso Colombiano.

## **2.2. PUNTO DE VISTA DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL CON RELACIÓN A LOS PROCESOS CONTRA CONGRESISTAS**

En éste aspecto, debe indicarse que desgraciadamente en nuestro país la jurisprudencia nacional ha rechazado abiertamente la idea que se plantea en el presente trabajo con relación a la violación de las garantías de separación de funciones (*investigación y juzgamiento*) y la imparcialidad del funcionario encargado del juicio con relación al contenido del artículo 235-3 Superior, y el principal argumento jurídico ha sido precisamente la existencia de dicha norma.

Para analizar someramente dicho planteamiento puesto que el propósito del presente trabajo no es otro distinto a dejar sembradas unas consideraciones por lo corto del mismo, nos remitiremos a algunos de los pronunciamientos de nuestras altas Cortes, aún cuando desde ya se advierte que la configuración de la norma Constitucional que desarrolla el tema permite que la jurisprudencia sea contradictoria o mejor, que no sea unívoca en el tema de la garantía de separación de funciones (*investigar–juzgar*) por la existencia de dos clases de procesos en nuestra legislación, aquel que se ocupa de los miembros del Congreso que es de corte inquisitivo que sigue los parámetros de la Ley 600 de 2000 aunque excluye la participación de la Fiscalía General y el de tendencia acusatoria con el cual se juzga a los demás habitantes del territorio nacional que se encuentra ligado a la Ley 906 de 2004, norma que de hecho en su artículo 32-7 igualmente remite la competencia de las investigaciones y juicios contra aforados a la Corte Suprema de Justicia.

Como se ha señalado, el espacio concedido para el presente estudio es corto, por lo tanto haremos relación a dos pronunciamientos que en nuestro sentir son bastante claros en mostrar el problema que ha surgido en el presente con relación a los procesos penales seguidos contra los miembros del Congreso.

Por un lado tenemos a la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2007) que en el radicado No. 26118 afirmó:

Por el contrario, señalando el numeral 3º del artículo 235 de la Carta Política, que la función de la Corte determina “investigar y juzgar”, en tratándose de los congresistas, de forma ninguna puede hablarse de esa tendencia “mixta” a que remite la Ley 600 de 2000, sino de un proceso de claro corte inquisitivo, en el cual es el mismo funcionario el que investiga, acusa y juzga, (...).

Nótese como en dicho pronunciamiento, la misma Corte en forma abierta reconoce que el proceso penal que se sigue a los miembros del congreso de hecho ni siquiera puede asimilarse al establecido por la Ley 600 de 2000, que como bien es sabido corresponde a un sistema escrito opuesto al de tendencia acusatoria que rige en virtud del Acto Legislativo 03 de 2002, es decir, podríamos concluir fácilmente que en dicha materia en Colombia existe un eslabón perdido en materia de proceso penal para aforados el cual es producto de la misma Constitución, por cuanto no podemos asimilar a ninguno de los procesos penales ordinarios por no conservar los principios de ni de la Ley 600 ni de la 906, ello en detrimento de los procesados naturalmente.

La Corte en dicho pronunciamiento es tan clara en sus conceptos que reconoce que el proceso penal que se sigue a los aforados en nuestro país constituye una excepción o singularidad, pues es la misma Carta Política la que impide que exista una separación de funciones entre la labor de investigar y acusar y la del juzgamiento, lo cual se hace imposible en sus palabras trasladar las concepciones de los sistemas procesales penales que aún rigen en el país a la labor que el

Constituyente le delegó a la Corte (Corte Suprema de Justicia, 2007). Lo anterior parece contradictorio cuando se analiza en forma general la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de separación de funciones e imparcialidad del funcionario judicial, en este último tema en sentencia C – 762 la CORTE CONSTITUCIONAL (2009) señaló: “La imparcialidad objetiva exige que los asuntos sometidos al juzgador le sean ajenos, de manera tal que no tenga interés de ninguna clase ni directo ni indirecto.”

Ahora bien; surge una duda, la misma Corte Constitucional habla de la imparcialidad del juzgador y debemos entender que ello obedece a una calidad que espera la sociedad de quienes tienen la responsabilidad de fallar en derecho las cuestiones criminales y como bien es sabido con la Constitución de 1991 el constituyente buscó precisamente garantizar dicha imparcialidad con la creación de un ente específico el cual tendría la tarea de investigar y acusar a los presuntos infractores de la Ley penal como lo es la Fiscalía General de la Nación y a partir de las directrices trazadas por la norma superior se crearon las diferentes leyes procesales penales que han regido en nuestro país, entonces porque razón se conservó una norma que es abiertamente contraria a la filosofía expresada por la misma constitución como lo es el artículo 235-3 y que ha sido la piedra angular para sostener que en Colombia no se le viola ninguna garantía procesal a los aforados en los procesos que se les siguen por la presunta comisión de ilícitos penales.

Como se seguirá viendo en el presente estudio, las altas Cortes han sostenido abiertamente y en cierta forma con razones bastante válidas que el proceso penal contra aforados es constitucional y legal por cuanto fue el constituyente dentro de su libertad de configuración normativa quien determinó que fuera la Corte Suprema de Justicia quien tuviera a su cargo la labor de investigar, acusar y juzgar a los miembros del Congreso atendiendo situaciones particulares como lo son la existencia del fuero que desde antaño tanto doctrinaria como

jurisprudencialmente se ha considerado una garantía para su tenedor; por otra parte se tienen las calidades personales y profesionales de los miembros de la Corte, que como es bien sabido es el órgano judicial ordinario de cierre y por ende sus integrantes reúnen los más altos atributos; por lo tanto en su sentir mal podría hablarse de afectaciones al debido proceso a que tienen derecho los aforados constitucionales, a pesar que las mismas Cortes reconocen abiertamente las bondades en materia de separación de funciones e imparcialidad judicial que presentan modelos procesales como el introducido en nuestra legislación con el Acto Legislativo No. 03 de 2002.

Al respecto de las bondades entregadas por el nuevo sistema procesal penal y su manifiesta contradicción con el sistema netamente inquisitivo que opera para los aforados como lo indica la Corte Suprema de Justicia, recordemos algo bastante significativo señalado por la Sentencia C – 762.

El Acto Legislativo No. 3 de 2002 trajo consigo una importante modificación en el sistema procesal penal colombiano, pues introdujo modificaciones en la Constitución con el fin de instituir un nuevo sistema de investigación, acusación y juzgamiento en materia penal, (...), destacándose como sus finalidades las siguientes: (...); (iii) instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar, con el propósito de que el sistema procesal penal se ajustase a los estándares internacionales en materia de imparcialidad de los jueces, en especial el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica; (...)" (Corte Constitucional, 2009).

Admírese como en el anterior planteamiento expresado por la Corte se reconoce en forma tácita como se hacía necesario adecuar el sistema procesal penal que se tenía con la Ley 600 de 2000 y que de hecho era bastante similar a otros que se habían tenido con anterioridad a los estándares internacionales enmarcados por los instrumentos que el Estado ha suscrito y ratificado, lo cual a simple vista llevaría a concluir con base en el dicho de la Corte Suprema de Justicia en el sentido que en materia de procesos contra aforados nos

encontramos en presencia de un proceso claramente inquisitivo, claro, por mandato constitucional y enfrentado ésta afirmación al concepto antes citado emanado por la guardiana de la Constitución, que se hace necesario adecuar el trámite contra aforados a los estándares internacionales, como se realizó en su oportunidad con el Acto Legislativo 03 de 2002.

### **3. DOBLE INSTANCIA**

La doble instancia no es otra distinta a la posibilidad de poder controvertir las decisiones judiciales cuando éstas son adversas a los intereses de los intervinientes en el proceso sin importar la clase de éste (civil, laboral, penal, administrativo).

La controversia como es bien sabida, se surte ante el superior jerárquico de aquel que conoció en primer término, por lo cual, puede afirmarse válidamente que constituye una segunda posibilidad para exponer argumentos por parte de los litigantes, aunque estos solo son respecto de la decisión que se tomara por parte del funcionario, más no sobre cuestiones ajenas a las debatidas inicialmente, siempre en procura de la modificación de la decisión.

Nótese como la garantía a la doble instancia que desde ya anticipamos se encuentra ausente en el ordenamiento penal procesal en materia de juicios a miembros del Congreso, no solo garantiza la contradicción de las decisiones jurisdiccionales, sino también garantiza el derecho a la defensa, del cual será hará relación más adelante en forma somera y sin abordarse como capítulo específico.

#### **3.1. CONCEPTO SEGÚN LA DOCTRINA**

Conforme lo señala Azula (1997) “La instancia se caracteriza porque, de una parte, comprende toda la fase, grado o actuación del proceso efectuada por un

funcionario judicial, y, de otra, por corresponderle decidir en forma amplia sobre el fondo de la cuestión debatida” (p. 82).

Debemos señalar que si bien es cierto la doble instancia es la regla general, desafortunadamente en nuestro ordenamiento procesal penal existe la excepción que es precisamente el proceso penal para miembros del Congreso de la República, contrariando la normatividad internacional que garantiza la existencia de la doble instancia, pero aún más clara ha sido la misma jurisprudencia nacional al señalar por parte de la Corte Constitucional (2006) (citada por Bernal & Montealegre 2013) la doble instancia es la “continuación del proceso en una instancia de control que se ha previsto como garantía interna orientada a obtener una decisión justa (...)” (p. 332)

Entonces; si conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la existencia de una doble instancia entraña la búsqueda de la revisión de una decisión por parte del superior jerárquico para obtener una decisión justa, situación que como se reitera se encuentra acorde con el artículo 14 numeral 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el 8 numeral 2 literal h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y con el mismo artículo 29 de la Carta Política; no se comprende como el Constituyente de 1991 dentro de su libertad de configuración determinó la creación de un procedimiento de única instancia, que no solo en nuestro sentir es abiertamente contrario a la garantía de la doble instancia que hace parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 de la norma superior.

Por consiguiente, los procesos y juicios de única instancia en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia violan la garantía de la doble instancia judicial y del derecho fundamental del acusado a impugnar la sentencia condenatoria ante un tribunal e segunda instancia. (Camargo, 2010, p. 175)

Pero aún más paradójico que lo anterior es el hecho que la misma Corte encargada de la salvaguardia de la Constitución y por ende de los derechos y garantías fundamentales de los habitantes del territorio nacional en materia de investigación y juicio a miembros del Congreso señale tajantemente que la ausencia de la doble instancia no afecta derecho alguno por cuanto en su sentir existen otros medios de defensa que suplen dicha ausencia (Corte Constitucional, C – 142, 1993), concepto que desde ya anunciamos consideramos errado por razones que serán objeto de análisis en otro capítulo del presente estudio, por ahora solo señalaremos que es una contradicción predicar la necesidad de una doble instancia a fin evitar decisiones injustas en una instancia judicial pero por otra afirmar que el trámite de única instancia señalado en el artículo 235-3 de la Carta se encuentra acorde a derecho.

### **3.2. PUNTO DE VISTA DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL CON RELACIÓN A LOS PROCESOS CONTRA CONGRESISTAS**

La jurisprudencia nacional ha tenido un considerable desarrollo en el tema, por lo menos la Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto en varias ocasiones, para empezar señalaremos que la discusión sobre la constitucionalidad o no de las normas que establecen procesos penales de única instancia no es nueva, ya en sus inicios la Corte Constitucional abordó el estudio del tema cuando analizó la demanda de inconstitucionalidad adelantada entre otros contra los Decretos 050 de 1987 artículo 68 numeral 8, Decreto 100 de 1980 artículo 68 parcial, Decreto 2250 de 1988 artículo 319 numeral 2 y el Decreto 2700 de 1991 artículos 34 parcial, 45 parcial, 68 numeral 6, 1233 numeral 1 y 202 parcial en la Sentencia C – 142 de 1993.

Del análisis de la citada jurisprudencia pueden destacarse dos puntos, el primero es la definición que hace la Corte de lo que debe entenderse por impugnar, señalo en su oportunidad: “Impugnar una sentencia es oponerse con

razones a lo resuelto en ella, en general interponer un recurso. Si la sentencia es condenatoria, el condenado la impugnará para ser absuelto o, al menos, disminuir la pena.” (Corte Constitucional, 1993).

De la lectura desprevenida del anterior concepto emitido por la Corte, podemos concluir que por regla general al condenado le asiste el derecho a impugnar la sentencia que lo ha condenado, ya sea para que la misma sea objeto de revocatoria o para que se disminuya el aspecto punitivo de la condena, situación coherente con los parámetros de todo proceso no solo a nivel penal, recordemos que la teoría general del proceso enseña que todo aquel que se encuentra en un trámite judicial o administrativo tiene derecho a impugnar las decisiones que se tomen al interior de éste, lo cual en nuestro sentir es una forma de contradicción, lo cual igualmente constituye una garantía del debido proceso.

Ahora bien, en el pronunciamiento de 1993 la Corte afirma que existen varias formas de impugnar una sentencia condenatoria y hace gran énfasis en la existencia de la acción de revisión que opera contra sentencias en firme, recordemos que para la época del pronunciamiento se encontraba en vigor el decreto 2700 de 1991 y aunque no nos encontramos de acuerdo con el concepto emitido en su oportunidad la Corte señaló que este era el medio idóneo para impugnar la sentencia condenatoria contra un alto funcionario del Estado, y ubicó ésta razón con otras tantas para justificar la existencia de los procesos de única instancia contra aforados constitucionales, en su momento señaló la Corte Constitucional (1993):

Cuando la Corte Suprema conoce en única instancia del proceso, como ocurre en tratándose de los altos funcionarios, el sindicado tiene a su favor dos ventajas: la primera, la economía procesal; la segunda, el escapar a la posibilidad de los errores cometidos por los jueces o tribunales inferiores. A las cuales se suma la posibilidad de ejercer la acción de revisión, una vez ejecutoriada la sentencia. No es acertado afirmar que el fuero consagrado en la Constitución perjudica a sus beneficiarios.



Con relación al anterior concepto nos encontramos en desacuerdo en punto de elevar la economía procesal al punto de pilar para la existencia de un procedimiento de única instancia, y si bien es cierto, le asiste la razón a la Corte en señalar que el hecho que sea la Corte Suprema de Justicia la llamada a conocer de éstos procesos en aras de evitar los errores en que puedan incurrir tanto jueces como tribunales, también lo es que esta argumentación se queda corta frente a posibles soluciones que se plantearán más adelante y que permitirían que sean funcionarios de la misma calidad que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia los que conozcan de la investigación, acusación e incluso el juicio en una primera instancia, en especial las seguidas contra aforados.

Pese a la anterior crítica, con lo que si estamos de acuerdo es con indicar que la existencia del fuero constitucional no implica ipso facto una desventaja para su tenedor, todo lo contrario, al margen de la discusión sobre la separación de funciones, la imparcialidad del juzgador, la existencia o no de una segunda instancia lo cierto es que el fuero como bien lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia nacional se constituye en una garantía para el investigado, pues le asegura que los funcionarios que conocen de su caso son aquellos que tienen las más altas calidades a nivel jurisdiccional.

Posteriormente, y con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad que el ciudadano JAIME RIBERO MEDINA interpusiera contra el artículo 68 parcial del Decreto 2700 de 1991, la Corte Constitucional se volvió a pronunciar en sentencia C – 411 de 1997 resaltando que la existencia de procesos de única instancia como el existente contra altos funcionarios del Estado responde a la libertad de configuración normativa del legislador por ser éste quien tiene la autoridad para señalar al configurar la norma qué procesos tienen doble instancia y cuales no, sin embargo; el análisis no fue solo en éste punto, la Corte en su oportunidad fue más

allá al indicar que el derecho a la doble instancia pese a ser una garantía no es incondicional, al respecto señaló:

El principio de la doble instancia, con todo y ser uno de los principales dentro del conjunto de garantías que estructuran el debido proceso, no tiene un carácter absoluto. Luego está autorizado el legislador para indicar en qué casos no hay segunda instancia en cualquier tipo de proceso, sin perjuicio de los recursos extraordinarios que, como el de revisión, también él puede consagrar, y sobre la base de que, para la defensa de los derechos constitucionales fundamentales afectados por vías de hecho, quepa extraordinariamente, la acción de tutela. (Corte Constitucional, Sentencia C – 411, 1997)

Ya para el año 2006 en un nuevo pronunciamiento del máximo tribunal Constitucional se afirmó que pese a que Colombia haya suscrito instrumentos internacionales en los cuales se garantiza la existencia de una doble instancia ello no implica que tal garantía sea extensible a todo tipo de causa criminal, en este punto la Sentencia C – 934 analizó el tema y concluyó que a pesar de lo anterior los Estados gozan de autonomía para diseñar sus procedimientos y los mecanismos de defensa de los derechos sin que la literalidad de los instrumentos internacionales exija que en materia de procesos contra aforados constitucionales sea indispensable la existencia de una segunda instancia (Corte Constitucional, 2006).

Podemos concluir entonces conforme a la jurisprudencia constitucional y que ha seguido al pie de la letra la Corte Suprema de Justicia en las causas contra los Congresistas implicados en los temas de parapolítica que la ausencia de una segunda instancia en materia de procesos contra aforados constitucionales responde a (i) la autonomía de los estados para procurarse su ordenamiento Constitucional y legal; (ii) la libertad de configuración legislativa; (iii) la existencia de un órgano máximo judicial compuesto por los funcionarios judiciales de más altas calidades personales y profesionales que permiten tener mayores garantías al procesado y; (iv) la existencia de un fuero constitucional que es la principal

garantía con que cuenta un Congresista por cuanto y en calidad de su cargo será investigado y juzgado precisamente por los más altos funcionarios de la judicatura en materia ordinaria.

#### **4. CRITICAS AL SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO NACIONAL VIGENTE PARA AFORADOS CONSTITUCIONALES**

En nuestra opinión es claro que el procedimiento que se sigue contra los aforados Constitucionales el cual se enmarca dentro de las directrices de la Ley 600 de 2000 es abiertamente violatorio de las garantías de las cuales se ha venido hablando a lo largo del presente artículo, contrario a lo manifestado por la Corte Constitucional y por la misma Corte Suprema de Justicia en radicados como el No. 26118 de 2007, el 26470A de 2008, 31653 de 2009 entre otros en los cuales se defiende la labor de la Corte Suprema acudiendo al contenido literal de la Constitución sin realizar un análisis a fondo sobre las reales repercusiones de mantener un sistema de enjuiciamiento que a todas luces resulta violatorio de las garantías de los procesados aforados.

Hablar de separación de funciones (investigar y acusar frente a la de juzgar) implica necesariamente hacer referencia a la imparcialidad del funcionario judicial, como bien se reseñó anteriormente la misma Corte Suprema de Justicia reconoce que el proceso penal de única instancia otorgado a ésta por el artículo 235-3 Superior corresponde netamente a un sistema de corte inquisitivo, lo cual muy a pesar de las calidades que tienen los funcionarios de la Corte constituye una clara contradicción a la imparcialidad de éstos, para ilustrar mejor tal aseveración en punto de la imparcialidad del juez haremos uso de las palabras del profesor Alvarado (2011) quien afirma: “(...): para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (*imparcialidad*) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo (...)” (p. 34).

El anterior planteamiento corresponde claramente a la idea que el autor expresa respecto a los sistemas procesales penales y con relación al inquisitivo como el que desafortunadamente se tiene en nuestro país lanza una conclusión que sin lugar a dudas es aplicable a nuestra situación particular afirmando. “(...) en todo proceso inquisitorial se privilegia al Estado en detrimento del individuo, por el predominio que en él tiene la figura del juez y, como tal, *totalitario*: por eso es que, en su esencia, es método de investigación” (Alvarado, 2011, p. 41).

Entonces, consideramos que mal puede hablarse de imparcialidad cuando el proceso es tramitado por un solo órgano, los nueve (9) miembros de la Sala Penal pertenecen a un mismo órgano, y muy a pesar de sus grandes calidades profesionales, personales y éticas que no se discuten, por si solo no dejan de ser seres humanos y como tal al compartir no escapan a la manifestación de hipótesis, a la insinuación de conceptos y en general a circunstancias a las que no pueden estar sometidos en su calidad de jueces, situación que puede afectar notablemente su imparcialidad. “La *imparcialidad* ha sido elevada a “principio supremo del proceso” y, estrictamente, “difiere de no ser parte” (Meroi, 2011, p. 7).

Entonces tenemos algo que simplemente corresponde a la lógica común, y es el hecho que el proceso como se encuentra configurado genera bastantes dudas respecto a la real separación de funciones formal y material, pues la separación no puede predicarse solamente en el aspecto formal pues la normatividad lo establece, sino también en la practica y, ello se puede ver claramente desde la misma Constitución cuando el Constituyente de 1991 en su libertad de configuración optó por la figura de la Fiscalía General de la Nación como ente investigador y acusador, figura que se tornó aún más clara con la entrada en vigencia del acto legislativo No. 03 de 2002, buscando precisamente tener unos funcionarios ajenos completamente al ambiente propio de la judicatura en aras de proteger a los jueces en su labor, recordemos que ante todo los magistrados de la

Corte Suprema son jueces, no investigadores ni mucho menos acusadores, lo cual es un despropósito lamentable en el que incurrió el Constituyente de 1991.

Ahora bien, el tema de la imparcialidad judicial es de tan vital importancia para cualquier ordenamiento legal, que en el mismo se ven los intereses de la sociedad inmersos, recordemos que los asociados tienen el derecho a confiar en que las decisiones que tomen sus jueces se encuentran alejadas de cualquier tipo de injerencia, sesgo o complacencia con las partes en litigio Jiménez Asencio (citado por Meroi, 2011) considera que “Al par que *principio procesal*, la imparcialidad y sus realizaciones constituyen, simultáneamente, una *garantía de los jueces*, una *garantía de los ciudadanos*, un *deber judicial*, un *derecho de los justiciables*.” (p. 9).

Entonces, claro es que por más que se trate de un proceso que atañe exclusivamente un grupo muy selecto de la población, no por ello es ajeno a la comunidad y puede pasarse por alto la situación particular, máxime si tenemos en cuenta que el tan mencionado procedimiento ni siquiera responde a los parámetros internacionales y por lo contrario sí deja por ejemplo el tema específico de la imparcialidad a las condiciones éticas de los funcionarios judiciales (Meori, 2011). Lo anterior, valga aclarar no constituye una ofensa contra los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, simplemente surge de los propios principios de cualquier sistema procesal moderno y en especial si se trata de uno criminal en el cual el deber ser es que el juez se encuentre alejado de cualquier hecho; motivo, circunstancia, elemento; ambiente o compañía que pueda llegar a afectar su imparcialidad al momento de tomar la decisión sobre la responsabilidad individual de un sujeto, pues como bien lo indicó hace muchos años el maestro Devis (1985) “(...) con ella se contempla además la ausencia de todo interés en su decisión, distinto del de la recta aplicación de justicia.” (p. 38).

El anterior planteamiento cobra mayor relevancia cuando logramos comprender la tarea que tiene el Estado por medio de sus funcionarios como titular de la acción penal cuando tiene conocimiento de la presunta comisión de una conducta que puede constituir un delito, y es establecer que fue lo que aconteció “(...) y por ello tiene una doble misión que cumplir: averiguar dónde está la información e informarse.” (Parra, 2004, p. 18). Es por ello que en concepto de algunos autores de derecho probatorio, con los cuales nos encontramos de acuerdo se requiere en algunos casos imaginarse lo sucedido para poder establecer teorías que permitan llegar a las pruebas que se requieren para probar el hecho, por lo tanto cuando es el mismo funcionario el que imagina, encuentra la prueba, la valora y además decide la causa se ve como se contamina la imparcialidad por cuanto “no podría casi nunca distinguir entre lo que realmente observó y lo que imaginó (...)” (Parra, 2004, p. 18).

Ahora bien, extrapolemos el anterior concepto a nuestro proceso y veremos como en la practica la realidad es que al margen del ambiente laboral en el que se encuentran los magistrados, la complejidad de los asuntos, la calidad de los involucrados al ser figuras públicas y los mismos medios de comunicación en busca de noticias hacen imposible que se pueda hablar de una verdadera separación de funciones y por ende hablar de imparcialidad, pues en la practica difícilmente se va a ver un llamamiento a juicio que culmine con una sentencia absolutoria.

Con relación a la ausencia de una doble instancia, la principal crítica que surge es hacía la jurisprudencia nacional por cuanto encuentra en una posición simplista, en especial la Constitucional, pues como se logró ver sus estudios se han limitado a señalar que los procesos seguidos contra aforados constitucionales no violan garantías procesales por cuanto hacen parte (i) de la autonomía de los Estados para fijar su normatividad y, (ii) de la libertad de configuración normativa que posee el legislador.

Consideramos que las Cortes se han quedado cortas en el asunto al limitarse al tenor literal de la norma Constitucional y legal, pues como máximos órganos de la justicia constitucional y ordinaria su deber es hacer un llamado de atención fuerte al legislador para que proceda conforme a sus atribuciones a adecuar el procedimiento a los parámetros internacionales, nótese como la Carta Superior en su artículo 29 garantiza el debido proceso siguiendo las pautas que ya venían siendo trazadas desde antaño por ejemplo por la Constitución de 1886 en su artículo 26 el cual establecía la imposibilidad de ser juzgado sin observancia de las formas propias de cada juicio, e incluso podría afirmarse que la garantía contenida en el numeral 4 del artículo 15 de la Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia de 1863 al señalar que nadie podía ser penado sin ser oído y vencido en juicio; (Restrepo, 1995). Las anteriores constituyen abiertamente clausulas que garantizan el debido proceso con todas sus garantías, sin embargo; y paradójico es que el Constituyente de 1991 luego de consagrar magistralmente el contenido del artículo 29 da un paso atrás y en el artículo 235 en su numeral 3 establece la norma que consideramos contradice y viola la norma primigenia, ejemplo que desafortunadamente ha seguido el legislador ordinario.

Y es que el llamado de atención para que se cree una segunda instancia para los aforados constitucionales no es una posición caprichosa, miremos como al margen de las discusiones que ya se han suscitado, las soluciones que ha venido dando la jurisprudencia no son en nuestro concepto las mas adecuadas, de plano es claro que conforme a la Ley 600 de 2000 que es el trámite por el cual se procesa y juzga actualmente a los aforados no permite que opere la casación para estos temas de conformidad con la literalidad del artículo 205 de la norma en comento, ahora, la solución que otorga la jurisprudencia es acudir a la acción de revisión o excepcionalmente a la tutela, ante lo cual debemos mostrarnos en desacuerdo por cuanto la primera exige una técnica especial; la cual desafortunadamente manejan pocos profesionales del derecho, además del costo

de la misma, y en este punto debemos señalar que la administración de justicia debe olvidar la capacidad económica de quienes acuden a ella, pues si bien es cierto, los justiciables por su calidad se presume cuentan con los recursos económicos para acceder a los servicios de los profesionales del derecho que conocen la especial técnica de la revisión ello no puede ser fundamento para sostener que esta es el medio idóneo para buscar impugnar una decisión judicial en un proceso de única instancia contra un aforado constitucional en detrimento de la verdadera garantía de contradicción de las decisiones que es la existencia de una doble instancia y por ende la real materialización del derecho de defensa.

Ahora bien, con relación a la existencia de la tutela como medio de impugnación cuando se han configurado vías de hecho, la verdad es que consideramos que ello si es un despropósito, pues como bien es sabido la acción pública es un mecanismo residual, excepcional, a él no se puede llegar sino en ausencia de otro mecanismo judicial valido para proteger el derecho fundamental amenazado o conculcado, entonces surge un planteamiento básico, el llegar a hacer uso de la acción de tutela y que ésta prospere al margen de los errores que se pudieran haber cometido al interior del proceso demuestran claramente que no existía otro medio judicial efectivo para defender ese derecho, planteamiento que refuerza nuestra posición con relación a la urgente necesidad de crear una segunda instancia para los juicios criminales de los aforados.

Por otro lado tampoco podemos dar validez jurídica a la proposición efectuada en la Sentencia C - 142, en la cual la Corte Constitucional en un concepto desafortunado incluso afirma que se puede acudir como otro medio de impugnación a la nulidad, situación que desconoce abiertamente la teoría general de las nulidades, por demás decir que éste es el mecanismo extremo para corregir los errores que se presentan al interior del proceso y nunca como medio de impugnación de las decisiones judiciales.



4) La nulidad de los actos procesales. Otro medio de impugnar las sentencias condenatorias, consiste en la nulidad. Las causales de nulidad establecidas por el artículo 304, (...) cobijan todo lo que podría invocar en su favor el condenado, con base en el debido proceso y en la violación del derecho de defensa (...). (Corte Constitucional, 1993)

Todo lo anterior, va en detrimento del derecho de defensa que es una de las formas de materializar el derecho de contradicción, que como se ha dicho es una de las garantías del derecho al debido proceso.

Devis (2012) señala:

La oposición a la demanda o a la imputación penal es concreta y persigue que esta sea desestimada, como es obvio y busca, por lo tanto, una sentencia favorable. El derecho de contradicción persigue ser oído y gozar de oportunidades de defensa, (...). La oposición es una de las maneras como puede el demandado ejercitar su derecho de contradicción, (...) (p. 191)

En este punto debemos reiterar que el derecho a la defensa es el medio idóneo por el cual se materializan otras garantías como lo son la contradicción tanto probatoria como de las decisiones, la doble instancia y que hacen parte del debido proceso.

Pero, para una mejor precisión en los conceptos, creemos que por *defensa en sentido general* debe entenderse todo medio de oposición a la demanda, la imputación o al proceso (...).

La *defensa* en sentido estricto existe (...). En el proceso penal, cuando el sindicado niega las imputaciones que se le formulen, o manifiesta de cualquier manera su rechazo a aquellas o a los hechos en que se basan, o alega un hecho exculpativo de responsabilidad (como la defensa propia o el estado de necesidad). (Devis, 2012, p. 210)

Ahora bien, apoyándonos en la doctrina y jurisprudencia extranjera tenemos que el Tribunal Constitucional Español (citado por Picó i Junoy, 1997) con relación

al derecho a la defensa señala que “La vigencia del derecho a la defensa asegura a las partes la posibilidad sostener argumentalmente sus respectivas pretensiones (...). (p. 102)

Lo anterior responde a la necesidad de ejercer oposición a la pretensión punitiva estatal, recordemos que a diferencia del derecho privado en el cual la defensa se encamina principalmente a la oposición de la pretensión de un particular, en tratándose de derecho punitivo la defensa es contra el Estado, es decir, contra el poder punitivo que éste ostenta y que nace de la misma Carta Política la cual en su preámbulo propugna por asegurar entre otros la vida, la igualdad, la libertad de los integrantes del territorio nacional y en el artículo 2 de la misma obra señala como fines esenciales del Estado asegurar la convivencia pacífica y la vigencia del orden justo.

“Con este derecho se pone de presente la tensión entre la realización de los fines de la justicia y el respeto por las garantías de los asociados, (...)” (Bernal & Montealegre, 2004, p. 335). Los anteriores planteamientos encuentran su sustento constitucional en el artículo 29 superior, directriz de todo el proceso penal nacional que se encuentra acorde con los instrumentos internacionales suscritos y debidamente ratificados por el Estado Colombiano.

Cuando se afirma que durante toda la actuación se debe garantizar el derecho de defensa y que ésta debe ser integral, ininterrumpida, técnica y material (...) se acogen tanto el artículo 29 inciso 4º de la Constitución Nacional que ordena que todo sindicado tenga derecho a un defensor escogido por él u oficio y diversos tratados internacionales suscritos y aprobados por Colombia, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (...), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (...). (Espitia, 2001, p. 40)

Ahora bien; en nuestro sentir, en la materia que nos ocupa en el presente estudio, realmente se esta fallando seriamente por cuanto el derecho a la defensa de los miembros del Congreso se ve gravemente afectado cuando el proceso que

se les sigue es netamente inquisitivo como bien lo reconoce la misma Corte Suprema de Justicia, violándose la separación de funciones, la imparcialidad, pero sobre todo mírese como una de las formas de ejercer el derecho a la defensa es el uso de la doble instancia que responde a la necesidad de poder controvertir las decisiones de los jueces, la cual como se ha puesto de presente anteriormente no existe en el ordenamiento nacional.

## **5. CONCLUSIONES Y PLANTEAMIENTO DE SOLUCIONES**

Podemos concluir que en la actualidad el proceso penal seguido contra los aforados Constitucionales bajo los parámetros de la Ley 600 de 2000, es un proceso violatorio de las garantías de la separación funcional, de la imparcialidad del funcionario judicial y la doble instancia, afectando seriamente el derecho de defensa y por ende el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta Superior.

Situación que es evidente y a pesar de ello las altas Cortes nacionales siguen desarrollando su planteamiento negativo con relación a las manifiestas violaciones a las garantías del derecho al debido proceso, de hecho en reciente pronunciamiento en Sentencia SU - 198 afirmó: “Se trata de procesos especiales que pueden apartarse de los procedimientos ordinarios, con fundamento en la propia Carta Política, (...)” (Corte Constitucional, 2013).

El anterior planteamiento es muestra de lo que se ha venido debatiendo, máxime cuando se analiza la jurisprudencia nacional y se encuentra que la misma en la materia de las garantías es manifiestamente contradictoria pues propugna por la salvaguardia de las garantías analizadas pero al mismo tiempo escudándose en la autonomía Estatal y la libertad de configuración normativa admite su restricción pese a que Colombia ya a sido objeto de pronunciamientos

internacionales en tratándose de la ausencia de segunda instancia como lo ocurrido en el caso Salgar de Motejo Vs Colombia Caso No. 64 en el cual:

10.4 El Comité considera que la expresión "conforme a la ley" En el artículo 14 (5) del Pacto no tiene la intención de dejar la existencia misma del derecho a la revisión a la discreción de los Estados Partes, ya que los derechos son las reconocidas por la Pacto, y no sólo los reconocidos por la legislación nacional. Más bien, lo que está por determinar "de acuerdo a la ley" son las modalidades de las cuales la revisión por un tribunal superior debe llevarse a cabo. (Comité de Derechos Humanos de la ONU, 1979)

Todo lo anterior lleva en forma directa a concluir que en nuestra legislación no existe una forma efectiva de contradecir la decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia pues la acción de revisión como se anotó anteriormente requiere de unos especiales conocimientos por su técnica los cuales escapan a la mayoría de los profesionales del derechos y la acción de tutela es un mecanismo residual y la concesión de ésta demuestra claramente la ausencia de un mecanismo idóneo para atacar las decisiones en comento al interior del propio proceso, pues ella solo puede operar como mecanismo subsidiario.

En éste sentido vale la pena traer a colación el pensamiento de Urbano (2008) quien en su obra indica:

De esta forma, un esfuerzo de fundamentación en sistemas procesales debe partir de una consideración ineludible: el proceso penal, en tanto escenario democrático en el que están en juego los derechos fundamentales de los distintos intervinientes, no es de libre configuración legal por parte de los diversos Estados, pues estos están compelidos a respetar unas premisas estructurales básicas impuestas por la comunidad de naciones. (p. 17, 18)

Vista la anterior hipótesis; salta inmediatamente la necesidad de adecuar el procedimiento a los estándares internacionales como ocurrió con el acto legislativo

03 de 2002, y para ello se pasara a plantear las posibles soluciones al problema que hemos desarrollado en el presente artículo.

La primer solución y que pondría medianamente a tono el proceso penal contra aforados constitucionales con los estándares internacionales es una reforma de carácter constitucional que elimine parcialmente el numeral 3 del artículo 235, es decir, que la Corte Suprema de Justicia pierda la competencia para adelantar la investigación de los miembros del Congreso, ello estaría en concordancia con la misma estructura que trae la Carta Superior en la conformación de la Rama Judicial pues la propuesta consiste en trasladar la competencia de investigar y acusar a los aforados a la Fiscalía General de la Nación en cabeza del Fiscal General.

Lo anterior atendiendo que fue el mismo Constituyente quien creó el órgano investigador y estableció los requisitos para ocupar el cargo de Fiscal General los cuales al tenor literal del artículo 249-2 de la Carta son los mismos que se exigen para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, reforzado por el artículo 29 inciso 2 de la Ley 270 de 1996; por lo tanto se cae el argumento desarrollado por las altas Cortes en el sentido de indicar que uno de los sustentos para la existencia de un proceso de única instancia es que no solo el juzgamiento sino la fase de investigación y acusación deben estar en cabeza de los funcionarios judiciales de mayores calidades de la judicatura pues recordemos que la Fiscalía General de la Nación pertenece a la rama judicial y por tanto el Fiscal General hace parte de esos funcionarios judiciales de altísimas calidades pese a no fungir como juez.

Con ésta simple reforma Constitucional ya se estaría en parte solucionando el tema concerniente a la separación de funciones judiciales, pues se reitera, la investigación y acusación las tendría el Fiscal General de la Nación, sin que le fuera posible delegar ésta función como regla excepcional al poder que le asiste

para delegar en los demás Fiscales, y por otro lado en tratándose de la tarea de juzgar naturalmente la competencia la conservaría la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal como máximo tribunal de la justicia ordinaria en materia penal.

Ahora bien, con la simple reforma a la Carta Superior en el tema de la separación de funciones no se soluciona del todo el problema de las violaciones a las garantías que deben hacer parte del debido proceso, igualmente se hace necesario la creación de una segunda instancia, para lo cual si es el deseo del legislador continuar llevando estas causas penales bajo la ritualidad de la Ley 600 de 2000, se puede introducir una reforma al artículo 75-6; en la cual haciendo uso de la figura de los conjuces, se puede lograr que en una sala impar de conjuces se tenga el conocimiento de la etapa de juicio en primera instancia.

Con relación al artículo 75-7 de la Ley 600 de 2000, el mismo caería en el plano de la inconstitucionalidad en virtud de la reforma a la Carta planteada al artículo 235.4 Superior.

Recordemos que los conjuces conforman una lista que se confecciona anualmente conforme al Decreto 1265 de 1970 artículos 11 inciso 2 y 16, y que reúnen los mismos requisitos que los que ostentan los Magistrados titulares lo cual es garantía de su idoneidad académica, profesional y personal.

El anterior planteamiento consideramos presenta dos beneficios, el primero consiste en que como quiera que la lista de conjuces esta conformada por el doble de los Magistrados de la Sala Penal de la Corte; es decir, la lista la integran 18 conjuces, los cuales son elegidos por las respectivas salas de casación como lo señala el artículo 15 del Acuerdo 006 de 2002 “*Reglamentos*. Elegir oportunamente los correspondientes conjuces, (...). Cuando fuere necesario designar un conjuce en Sala Plena, se sorteará de la lista de conjuces de la Sala de Casación a la que pertenezca el Magistrado o Magistrados que no puedan

participar.” (Corte Suprema de Justicia, 2002). Contando de esta forma con un número más que suficiente para llevar a cabo la tarea encomendada; pues naturalmente esta primera instancia sería llevada por una sala cuyo número de conjuces es inferior a la Sala Penal de la Corte, puede tratarse de una configuración en un número de 5 o 7 conjuces siendo una cifra superior a las Salas de Decisión Penal de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial pero en todo caso inferior a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y acabando con cualquier asomo de duda respecto de la competencia ética, moral e intelectual del juez de primera instancia por poseer las mismas calidades de los magistrados titulares y ser elegido por éstos mismos.

La segunda ventaja que representa esta posible solución es el hecho que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia continuaría conservando su competencia como órgano de cierre en materia penal al conocer la segunda instancia de una sentencia en un proceso contra un aforado; y con relación a la posibilidad de generar una incompatibilidad de funciones judiciales respecto de ésta función con relación a una eventual casación a la cual se abriría paso con la existencia de la segunda instancia, debemos señalar como se indicó anteriormente se cuenta con la figura de los conjuces, recordemos que la lista esta conformada por 18 conjuces de los cuales solo quedarían impedidos para conocer eventualmente éste recurso los 5 o 7 que conocieran de la primera instancia, y es más, nos atrevemos a asegurar que de hecho ni siquiera se presentaría tal inconveniente pues al tenor del Decreto 1265 de 1970 la mencionada lista se confecciona anualmente, por lo tanto la misma se encuentra sometida a un constante cambio lo que impide que se presenten estos inconvenientes, el mismo predicable es aplicable respecto de la revisión.

Una segunda solución que queremos plantear en el presente artículo es un poco parecida a la anterior, con la diferencia singular que las reformas ya irían encaminadas a mutar el sistema de procesamiento criminal actual, es decir, dar de

una vez por todas el paso al sistema implantado por el Acto Legislativo 03 de 2002 y que por razones que solo pueden ser explicadas bajo la premisa de la libertad de configuración normativa no se realizó en su verdadero momento histórico.

Conforme a lo anterior repetimos la formula de la reforma constitucional para quitar la función de investigar y acusar a la Corte Suprema de Justicia, y a grandes rasgos los cambios serían los mismos planteados en la formula anterior, sin embargo debería realizarse una adición sustancial a una figura que fue introducida con el Acto Legislativo 03 de 2002, la del Juez de Control de Garantías; figura que se introdujo con el referenciado acto, la adición sería de carácter legal, es decir, se aplicaría a la Ley 906 de 2004 otorgando dicha función a los conjuces de la Corte Suprema de Justicia, para ésta formula y conociendo de antemano que la lista está compuesta por 18 conjuces y que cambia cada año, consideramos que podría hacerse uso perfectamente incluso hasta de 10 conjuces, quedando libres 8 para la labor de realizar el juicio oral, público, concentrado con inmediación probatoria, y recordemos que la propuesta es que dicha sala de primera instancia sea de 5 o 7 conjuces por lo tanto se contaría con suficientes conjuces para la labor.

Adicional a lo anterior, no habría cabida a reproche respecto a la competencia de los conjuces como jueces de control de garantías en tratándose de conocer el mismo asunto varias veces, pues la misma Ley 906 de 2004 no prevé incompetencia para tal tarea salvo que quien haya realizado las veces de Juez de Control de Garantías en una causa luego conozca la misma como Juez de Conocimiento, situación que quedaría solucionada por vía legal al establecerse desde el principio en forma clara las reglas concernientes a como se desarrollaría el reparto de las competencias, es decir, indicando hasta que número de conjuces se pueden llegar a utilizar en la función de control de garantías en un mismo asunto criminal.



Entonces la primera instancia de juzgamiento la realizarían conjuces de la Corte Suprema de Justicia en un número igual a 5 o 7, la segunda instancia la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y, se reitera como en la hipótesis anterior se permitiría la existencia sin mayores conflictos de la casación y la revisión garantizándose de esta manera un verdadero derecho a la defensa.

Es con ésta segunda proposición que más nos encontramos a gusto, primero por tratarse de una propuesta que se encuentra más acorde con la realidad actual que vive el país, con el desarrollo legal y jurisprudencial que se viene dando con el actual sistema de tendencia acusatoria y por sobre todo por la adecuación de un sistema procesal penal a los estándares internacionales, que en definitiva fueron en gran parte los que impulsaron el salto dado con el Acto Legislativo 03 de 2002, de ésta forma podríamos afirmar que se garantiza a los aforados Constitucionales un debido proceso donde pueden “ (...) hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva (...)” CIDH (citada por Quinche, 2012, p. 196)

## REFERENCIAS

- Alvarado, J. F. (2012). *La institucionalización de la ilustración penal en Colombia: De la independencia al primer Código Penal 1810 – 1837*. Bogotá, D.C., Colombia: Ediciones Universidad Católica de Colombia.
- Alvarado, A. (2011). *La imparcialidad judicial y el debido proceso*. Medellín, Colombia: Ediciones UNAULA.
- Azula, J. (1997). *Manual de Derecho Procesal Civil: Teoría General del Proceso*. 1, Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Bernal, J., Montealegre, E. (2004). *El proceso penal: Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*. 1, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, J., Montealegre, E. (2013). *El proceso penal: Fundamentos Constitucionales y teoría general*. 1, Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Camargo, P. (2010). *El debido proceso*. Bogotá, D.C., Colombia: Editorial Leyer.
- Colombia, Corte Constitucional (1993, abril), “Sentencia C – 142”, M. P. Arango Mejía, J, Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional (1997, agosto), “Sentencia C – 411”, M. P. Hernández Galindo, J. G., Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional (2006, noviembre), “Sentencia C – 934”, M. P. Cepeda Espinosa, M. J., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2009, octubre), “*Sentencia C – 762*”, M. P. Henao Pérez, J. C., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2013, abril), “*Sentencia SU – 198*”, M. P. Vargas Silva, L. E., Bogotá.

Colombia, Corte Suprema de Justicia (2002, diciembre), “*Acuerdo número 006 por el cual se recodifica el reglamento general de la corporación*”. Recuperado de <http://www.imprenta.gov.co/portal/page/portal/iniciohttp://200.75.47.45/tempDownloads/45D1011398119253634.pdf>

Colombia, Corte Suprema de Justicia (2007, diciembre), “*Radicado 26118*”, Bogotá.

Colombia, Corte Suprema de Justicia (2008, agosto), “*Radicado 2647A*”, Bogotá.

Colombia, Corte Suprema de Justicia (2009, septiembre), “*Radicado 31653*”, Bogotá.

Devis, H. (1985). *Compendio de derecho procesal: Teoría general del proceso*. 1, Bogotá: Editorial ABC.

Devis, H. (2012). *Compendio de derecho procesal: Teoría general del proceso*. 1, Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.

Espitia, F. (2001). *Instituciones de derecho procesal penal*. Colombia: Legis.

Meori, A. (2011). *La imparcialidad judicial*. Medellín, Colombia: Ediciones UNAULA.

Parra, J. (2004). *Manual de derecho probatorio*. Bogotá, D.C., Colombia: Librería Ediciones del Profesional Ltda.

Picó, J. (1997). *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: José María Bosch Editor.

Quinche, M. (2012). *Derecho constitucional colombiano: De la carta de 1991 y sus reformas*. Bogotá: Editorial Temis.

Restrepo, C. (1995). *Constituciones políticas nacionales de Colombia*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Suarez, A. (1998). *El debido proceso penal*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Urbano, J. (2008). *La nueva estructura probatoria del proceso penal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.